

# A CORTE BRASILEIRA DE (DES)UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL: UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Amanda Furtado Mendes<sup>1</sup>, Ana Letícia Mendes Costa<sup>2</sup>, Lucas Pereira Mitre<sup>3</sup>, Anarda Pinheiro Araújo<sup>4</sup>

## Resumo

Este artigo científico foi baseado no estudo da execução provisória da pena para analisar os posicionamentos manifestados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal diante dos votos por eles proferidos nos *Habeas Corpus* nº 84.078 de 2009 e nº 126.292 de 2016, bem como nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44. O objetivo da pesquisa é confrontar os posicionamentos defendidos pelos ministros para demonstrar a fracionariedade contida dentro do órgão de uniformização jurisprudencial. Por fim, foi realizada uma busca no site do STF visando apresentar como os Ministros da Corte estão se comportando no que diz respeito à mudança de entendimento de 2016.

## Palavras-chave

Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Presunção do estado de inocência. Execução provisória da pena.

## Introdução

O princípio da presunção do estado de inocência perfaz-se como um dos principais postulados de um Estado Democrático de Direito. Sua origem remonta da Inglaterra durante o século XIII. No Brasil foi expressamente citado na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso LVII, alcançando o *status* de cláusula pétrea.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza; amandafurtadomendes13@gmail.com.

<sup>2</sup> Graduanda e Especializanda em Direito e Processo Penal pela Universidade de Fortaleza; analeticiacosta@edu.unifor.br.

<sup>3</sup> Bacharel em Direito e Especializando em Direito e Processo Constitucional pela Universidade de Fortaleza; lucaspereiramitre@hotmail.com.

<sup>4</sup> Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza; anarda.araujo@hotmail.com.

O instituto da execução antecipada não se mostra de difícil intelecção, o que leva a acreditar que não existam muitas querelas doutrinárias e jurisprudenciais a tratar do tema. Todavia, o Supremo Tribunal Federal pregava a impossibilidade de se aplicar a execução, tendo em vista a natural necessidade de haver trânsito em julgado de uma decisão judicial para dar-se o início ao cumprimento da pena.

Este entendimento foi consolidado em 2009 quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078. Em 2016, houve uma mudança de entendimento a partir do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292, no qual o STF passou a declarar a possibilidade da execução provisória da pena.

A decisão importa na insegurança jurídica que assola sistema criminal brasileiro, posto que muda diametralmente o entendimento anterior, contrariando o programa normativo da própria Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal passa a exercer o papel de legislador positivo, que não se encontra previsto pela ordem constitucional pátria. Entretanto, mesmo diante da nova orientação jurisprudencial, alguns Ministros ainda aplicam o entendimento anterior.

Com isso, busca-se aqui discutir o papel do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional, através da análise da sua mudança de entendimento sobre a aplicação da execução provisória da pena, destacando os principais julgados acerca da matéria e a opinião dos ministros que fazem parte da corte.

A pesquisa foi uma das vertentes que resultou do projeto financiado pela Fundação Edson Queiroz (PROBIC/FEQ) com tema “perspectiva da presunção do estado de inocência no garantismo: análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (2009-2016)”, desenvolvida entre agosto de 2016 e agosto de 2017. No site do STF, foram buscados os *Habeas Corpus* nº 84.078 de 2009, 126.292 de 2016, e os votos proferidos pelos ministros por ocasião do julgamento do pedido liminar das ADCs 43 e 44, os quais foram o alvo principal do estudo desenvolvido. A presente pesquisa também se aportou em fundamentos de caráter bibliográfico, utilizando-se de livros e artigos científicos, possuindo caráter qualitativo por antever a aplicação dos dados colhidos no contexto social.

## Referencial teórico

### 1 Diretrizes constitucionais para o STF

Segundo o artigo 102 da Constituição Federal de 1988 (CF/88)<sup>5</sup>, o Supremo Tribunal Federal (STF) executa a renomada função de guardar e afastar possíveis violações da Constituição. De acordo com o *caput* do mencionado dispositivo legal, a função típica dos Tribunais Constitucionais é de exercer controle de constitucionalidade.

O Tribunal Constitucional deve atuar como um "legislador negativo", devido a falta de oportunidade de criar leis. Entretanto, caso entenda que alguma norma promulgada vulnera o(s) disposto(s) previsto(s) na Constituição, tem o poder para retirá-la do ordenamento jurídico, revogando-a total ou parcialmente (KELSEN, 2006).

No Brasil, o STF é um órgão judiciário, conforme determinado pelo art. 92, I, CF/88<sup>6</sup>. Este órgão tem o poder e a função de exercer o controle de constitucionalidade. Para isso, tem a competência para processar e julgar originariamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), bem como, o Pedido de Medida Cautelar em Ações de Controle de Constitucionalidade, além da ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), todos previstos no art. 102, I, "a" e parágrafo, §1º, CF/88<sup>7</sup>.

As competências do STF são distribuídas em três espécies de prestação jurisdicional: a de controle abstrato da constitucionalidade; a de proteção de direitos; e a jurisdição constitucional sem o controle da constitucionalidade. Cabe ressaltar que no primeiro núcleo estariam as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão, enquanto que o mandado de injunção se encontraria no segundo núcleo, ao lado do *Habeas Corpus*, Mandado de Segurança e *Habeas Data* (VIEIRA, 2002).

---

<sup>5</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...].

<sup>6</sup> Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal [...].

<sup>7</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) [...]§ 1.º A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado do parágrafo único em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93) [...].

Doravante, o controle de constitucionalidade é exercido por meio de medidas como as citadas, funcionando como um meio de correção presente no ordenamento jurídico. Consiste no sistema de verificação da conformidade de um ato (lei, decreto, entre outros) em relação à Constituição. Com isso, zela pela correta interpretação e aplicação desta norma.

A Constituição de 1988 traz o controle difuso, no qual qualquer juiz pode analisar a constitucionalidade de uma lei, podendo deixar de aplicá-la caso a considere inconstitucional. Essa decisão terá efeito apenas entre as partes no processo. O próprio Supremo pode, através do controle difuso, declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, mas nesses casos, apenas por disposição do Senado Federal é que essa lei terá sua execução suspensa, no todo ou em parte, conforme o artigo 52, inciso X<sup>8</sup>, deste diploma legal.

Além do modelo difuso, há o controle concentrado. Neste, é possível pleitear diretamente ao STF, mencionando abstratamente a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Deste modo, o Supremo Tribunal Federal ocuparia uma posição peculiar dentro do sistema constitucional, tanto como órgão de última instância recursal no que diz respeito às questões constitucionais, quanto como tribunal constitucional no controle abstrato de normas (MENDES, 1996).

A CF/88 ampliou e alterou o sistema de controle da constitucionalidade contribuindo para dar maior relevância ao papel político-institucional do Supremo Tribunal Federal. Dentre essas alterações, o surgimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, da ação declaratória de constitucionalidade, aumento do número de legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade, da arguição por descumprimento de preceito fundamental e da súmula vinculante, destacam-se no contexto apresentado.

## **2 A mudança de entendimento do STF**

No dia cinco de fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal Federal realizou julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078 através do seu plenário. Os debates resultaram em sete votos contra a execução provisória da pena, proferidos por Eros Grau, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ricardo

---

<sup>8</sup> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...]X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; [...].

Lewandowski e Carlos Ayres Britto, e quatro a favor, sendo vencidos os ministros Joaquim Barbosa, Cármem Lúcia, Ellen Gracie e Menezes Direito.

No ano de 2016, todavia, o órgão se inclinou em decisão oposta: agora obteve sete votos a favor da execução provisória da pena e quatro contra. A maioria vencedora foi composta pelos ministros Gilmar Mendes, Cármem Lúcia, Luiz Fux, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki e Dias Toffoli, enquanto restaram como minoria os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski. Logo, resta analisar aqui, primeiramente, os votos exarados pelos ministros que fizeram parte das duas votações.

O ministro Gilmar Mendes afirmou em seu voto proferido no *Habeas Corpus* nº 84.078, que considerava ser o princípio da presunção do estado de inocência incompatível com a execução provisória da pena. Afirmou que seria um atentado contra a dignidade humana, declarando existirem outros fundamentos para a decretação de uma prisão quando necessárias, quais sejam aqueles previstos no art. 312 do Código de Processo Penal<sup>9</sup>. Aferiu, ainda, que a execução desnecessária vai de encontro ao princípio da proporcionalidade, visto ser este composto por fenômenos, dentre os quais está a necessidade da medida.

Mendes muda de posicionamento em 2016, exarando em seu voto no *Habeas Corpus* nº 126.292 que lhe chamou atenção a falha na prestação jurisdicional por ocasião dos inúmeros recursos recebidos pelo STF, não podendo a Corte julgá-los em tempo hábil, o que pode levar à prescrição da pretensão punitiva. Alega que a legislação penal já trata a presunção de inocência de modo a atenuá-la, visto que, por exemplo, requer apenas indícios para autorização de uma busca e apreensão. Também aduz que não há na lei um conceito de “culpa”, podendo, portanto, ser feita uma interpretação de modo a ser o seu aumento diretamente proporcional ao avanço do processo. Por fim, levantou outras questões como não haver efeito

---

<sup>9</sup> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

suspensivo nos recursos extraordinários e a existência de remédios constitucionais para sustar eventuais erros cometidos pelo judiciário.

Contrariamente, o ministro Ricardo Lewandowski, que manteve seu entendimento, questiona o efeito suspensivo obstado nos recursos extraordinários, asseverando que tal efeito decorre do próprio texto constitucional. Trata da ADPF nº 347, na qual o Supremo decretou o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, ressaltando que a execução provisória da pena consistia em mandar sujeitos que ainda não tem sua culpa formada definitivamente, para o local declarado violador da dignidade humana pelo próprio Supremo. Este ministro, todavia, apesar de ser contra a execução provisória da pena, considera ser ela cabível quando se entende que há interposição de recursos com o fim de protelar o cumprimento da reprimenda.

Assim, resta demonstrado que não há uma linearidade de raciocínio entre os componentes do STF: cada ministro compartilha do próprio entendimento consigo mesmo, sem, contudo, fazer uma comunhão com os demais para, efetivamente, uniformizar a jurisprudência. Isso acaba por causar uma verdadeira pluralidade de possibilidades no que diz respeito ao resultado de uma demanda, dependendo, assim, de qual ministro será o seu relator.

## **Resultados**

Os ministros do STF têm divergido quanto à aplicação da execução provisória da pena. Todavia, apesar dos argumentos apresentados, é importante ressaltar alguns pontos, a começar pelo efeito gerado em decorrência do *Habeas Corpus* nº 126.292 de 2016. Por ocasião disso, foi realizada no site do Supremo uma pesquisa com os termos “execução provisória ou presunção de inocência”, com delimitação temporal de 18/02/2016 a 07/08/2017.

Os ministros que fizeram parte da maioria vencedora passaram a proferir seus votos com base na corrente retomada, a exemplo dos Agravos Regimentais em *Habeas Corpus* nº 141.792/SP (relator: Dias Tóffoli), nº 141.871/SP (relator: Luiz Fux), nº 143.735/PR (relator: Luiz Fux), nº 141.818/PR (relator: Luiz Fux), nº 136.702/SP (relator: Luiz Fux), nº 139.078/DF (relator: Luiz Fux), nº 140.018/SP (relator: Dias Tóffoli) e nº 138.890/PE (relator: Luiz Fux).

A surpresa se instala, entretanto, através das decisões dos ministros que fizeram parte da minoria vencida: Rosa Weber passou a salientar em seus votos o seu posicionamento contrário à execução provisória da pena, negando, porém, a concessão da ordem requerida. A ministra argumenta, com escopo no *Habeas Corpus* nº 126.292 e na decisão sobre as ADCs 43 e 44, que é adepta do princípio da colegialidade, mesmo que o entendimento adotado pelo plenário tenha sido oposto ao seu posicionamento pessoal. Isso pode ser verificado nos Agravos Regimentais em *Habeas Corpus* nº 139.556/ BA, nº 140.285/TO, nº 138.942/SP.

Celso de Mello procedeu, inicialmente, de modo diverso. Em 01 de julho de 2016, o jurista proferiu decisão na Medida Cautelar em *Habeas Corpus* nº 135.100, concedendo o pedido de liberdade requerido, sustentando motivações teóricas por ele já invocadas no *Habeas Corpus* 126.292. Todavia, em cinco de julho de 2017, apesar de invocar as suas razões já tantas vezes reiteradas, o ministro tornou sem efeito a decisão, motivando tal feito no princípio da colegialidade. Assim, findou por prevalecer a execução provisória da pena como medida acatada pelo Supremo.

## **Considerações finais**

A decisão da vertente vencedora no *Habeas Corpus* nº 126.292 trouxe à tona a matriz divergente do Supremo Tribunal Federal. A concretização da Constituição, isto é, o fato de tornar suas normas juridicamente eficazes, é uma função que compete aos Poderes estatais, sem, contudo, eximir todos os demais que têm emanados na Constituição os seus direitos e deveres. Todavia, aos agentes públicos, que são as pessoas determinadas pela Constituição e têm a si conferidos maiores poderes e responsabilidades, cabe uma parcela maior dessa tarefa realizadora.

A promulgação da Constituição de 1988 marcou a redemocratização do Brasil. Um dos pilares sobre os quais o sistema jurídico do país firmou suas bases foi o fato do STF ter seu papel institucional ampliado, aumentando-se sua importância e responsabilidade para com a realização constitucional.

A decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 126.292, entretanto, demonstrou que o Supremo está se apresentando como um órgão caracterizado pela individualização: os onze ministros que compõem o quadro do STF estão esboçando

entendimentos divergentes e aplicando-os sem seguir uma linearidade, o que é contrário à sua função de uniformizadores da jurisprudência.

Assim, se for colocado em pauta um parâmetro temporal que vai da decisão de 2016 até o mês de junho de 2017, têm-se, inicialmente, uma votação que determinou a retomada do entendimento considerado inconstitucional em 2009 acerca da execução provisória da pena, seguido da sua aplicação pelos ministros a ele favoráveis. No mesmo contexto, aqueles juristas contrários continuaram a exarar seus votos com base no que ficou suplantado em 2009, ao que, não obstante, opinavam ser o correto.

Em novembro do mesmo ano, o Supremo deu repercussão geral ao entendimento. Seguindo-se esta premissa, em 2017 os ministros que haviam decidido anteriormente conforme a proibição de execução provisória, tornaram sem efeito a decisão proferida meses atrás.

Logo, há uma falta de uniformização dos posicionamentos adotados nas decisões dos ministros que compõem o STF, o que foi demonstrado pela análise jurisprudencial realizada que verberou um caráter oscilatório do conteúdo colhido.

## Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 3.689/1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP, 2016. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <[file:///C:/Users/anale/Downloads/texto\\_309493860.pdf](file:///C:/Users/anale/Downloads/texto_309493860.pdf)>. Acesso em ago. 2016 e ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: abr. 2017.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43. Relator: Ministro Marco Aurélio. ADI, ADC, ADO e ADPF, Petição Inicial, 18 maio 2016. Disponível em: <[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=549829633#1%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%20\(25554/2016\)%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=549829633#1%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%20(25554/2016)%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial)>. Acesso em: nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 44. Relator: Ministro Marco Aurélio. ADI, ADC, ADO e ADPF, Petição Inicial, 19 maio 2016. Disponível em: <[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=550426029#1%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%20\(25831/2016\)%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=550426029#1%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%20(25831/2016)%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial)>. Acesso em: nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 84.078/MG, 2009. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: ago. 2016 e ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas corpus 141.871. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13098985>>. Acesso em: ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas corpus 136.702. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12872371>>. Acesso em: ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas corpus 139.078. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13052140>>. Acesso em: ago. 2016 e ago. 2017

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas corpus 140.018. Relator: Ministro Dias Tóffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13299632>>. Acesso em: ago. 2016 e ago. 2017

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas corpus 138.890.  
Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12618049>>.  
Acesso em: ago. 2016 e ago. 2017

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas corpus 141.871.  
Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13043989>>.  
Acesso em: ago. 2016 e ago. 2017

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas corpus 139556.  
Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13109154>>.  
Acesso em: ago. 2016 e ago. 2017

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus  
138.942. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12788346>>.  
Acesso em: ago. 2016 e ago. 2017

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.  
135.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de  
normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo tribunal federal**: jurisprudência política. 2. ed.  
São Paulo: Malheiros, 2002.